
DIREITO PENAL DO MEIO AMBIENTE: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, A RESOLUÇÃO 394/07 DO CONAMA E OS ANIMAIS DA FAUNA SELVAGEM DOMESTICADOS:

FLÁVIO AUGUSTO MARETTI SGRILLI SIQUEIRA

Defensor Público Substituto no Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito e Processo Penal pela UEL; Mestrando em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supra-individuais na UEM; Professor de Direito Constitucional e do Consumidor da Faculdade de Direito de São Sebastião do Paraíso (FECOM) e Direito Ambiental na Faculdade de Direito da UNIFENAS na mesma cidade.

INTRODUÇÃO:

Diariamente observamos que muitas pessoas são autuadas em flagrante delito e ilícito administrativo pelo IBAMA e a Polícia Militar Ambiental porque criavam em sua residência para fins domésticos aves silvestres sem a autorização do órgão administrativo competente. Ocorre que, os autos de infração administrativa e imputações penais são fundados em animais que se encontram em listas editadas pelo CONAMA e pelo IBAMA, o que refuta completamente a justa causa para a materialização de um ato violador da legislação de regência da matéria ambiental.

Malgrado esse aspecto final, muitas pessoas, em especial, carentes estão respondendo a processo crime perante o Juizado Especial Criminal e também sofrem procedimentos administrativos que culminam em diversas sanções de intensa gravidade, além das cominações advindas do primeiro.

Cinde-se a questão na avaliação do juízo de adequação típica nas esferas penal e administrativa, a interligação dessas instâncias, o fenômeno da assessoriedade administrativa dentro do Direito Penal Ambiental, aspectos da teoria do erro dentro das infrações ambientais, a limitação do poder de polícia estatal referente à multa ambiental e o princípio da eficiência dos serviços públicos.

É a suma fática, a qual analisaremos detidamente.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO-ÉTICO COMPORTAMENTAL:

A Dignidade da Pessoa Humana exsurge como fundamento mór de validação do regramento jurígeno vigente.

Inicialmente, cumpre sinalizarmos que a Constituição Federal erigiu como pilar supremo de sua fundamentação, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º III, CR).

José Joaquim Gomes Canotilho, ao explicar o princípio, leciona que:

A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma *base antropológica* constitucionalmente estruturante do Estado de direito (cfr. CRP, art. 1.º: «Portugal é uma República soberana baseada na *dignidade da pessoa humana*»; art. 2.º: «A República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado no respeito e na *garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais*»).

A densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado «dignidade da pessoa humana». Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como *pessoa*, como *cidadão*, como *trabalhador* e como *administrado* (cfr. *infra*, Padrão II). Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura mais recente procura evitar um conceito «fixista», filosoficamente sobrecarregado (dignidade humana em sentido «cristão e/ou cristológico», em sentido «humanista-iluminista», em sentido «marxista», em sentido «sistémico», em sentido «behaviorista»).

Nesta perspectiva, tem-se sugerido uma «integração pragmática», susceptível de ser condensada da seguinte forma:

(1) Afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua *individualidade* autonomamente responsável (CRP, arts. 24.º, 25.º, 26.º).

(2) Garantia da identidade e integridade da pessoa através do *livre desenvolvimento da personalidade* (cfr. refracção desta ideia no art. 73/2.º da CRP).

(3) *Libertação da «angústia da existência»* da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas (cfr. CRP, arts. 53.º, 58.º, 63.º, 64.º).

(4) Garantia e defesa da *autonomia individual* através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito.

(5) *Igualdade* dos cidadãos, expressa na mesma *dignidade social* e na *igualdade de tratamento normativo*, (cfr. CRP, art. 13.º), isto é, igualdade perante a lei.

Esta «teoria de cinco-componentes» (PODLECH) parece adequada às sugestões normativas da constituição e ao contexto jurídico-cultural¹

O Direito é feito para estabelecer parâmetros para condutas humanas dentro de uma convivência em comum, o que deflui do contratualismo de Jean Jacques Rousseau, porém, esse matriz de norteamiento da sociedade deve ter sempre de forma inexorável o homem como medida de todas as coisas, como dizia Protágoras.

Não basta, todavia, deixar apenas o homem como epicentro do sistema, mas deve conferir um *status* que potencialize sua existência como ser racional e pensante e nesse cenário tem-se a dignidade da pessoa humana.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina. 1993. p.362/363.

A Dignidade da Pessoa Humana insere-se dentro da categoria de direitos imanentes ao ser humano, ou seja, mereceriam tutela estatal independentemente de ser agasalhados pela ordem jurídica suprema porquanto revelam parcela indeclinável da natureza humana configurando aquilo que José Joaquim Gomes Canotilho definiu como direitos fundamentais pré-constitucionais ou naturais cuja exeqüibilidade independe de positivação.

Luís Roberto Barroso ensina:

Na esteira do Estado intervencionista, surgido do primeiro pós-guerra, incorporam-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados da justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida em sentido mais amplo².

Gustavo Tepedino leciona:

...a rigor, como o Estado Social de Direito, consagrado pela Constituição de 1988 – e levado a cabo na Itália, berço da referida doutrina, através da Carta de 1948 –, caracterizado pela intervenção do Estado nas relações privadas – propriedade, iniciativa econômica, empresa, relações de consumo, direitos da personalidade, responsabilidade civil, família etc. –, desloca-se a unidade sistemática do Código Civil para a Lei Maior, sem que contudo se possa conceber um sistema fragmentado³.

Observa-se que a dignidade da pessoa humana, com seus consectários lógicos, como o piso mínimo vital deve ser garantido a todos os seus indivíduos, o que abarca a proteção à liberdade, à cidadania, ao bem estar social, à saúde, à propriedade, à segurança, ao meio ambiente, enfim, a uma pluralidade de interesses cuja garantia está atrelada a preservação da dignidade da pessoa humana.

A Dignidade da Pessoa Humana revela que o poder público tem uma obrigação natural positiva e negativa, ou seja, deve assegurar o piso mínimo vital a todos os cidadãos e conter práticas que possam afastá-lo da plenitude de acesso a ele ante a premência de sua estrutura para a vida em sociedade e para a preservação de todo o ordenamento jurídico e da força do direito como elemento de regramento ético-social comportamental.

² BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1996. p.114.

³ TEPEDINO, Gustavo. *A caminho de um direito civil constitucional*. In Revista de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 65, jul./set./93, p. 25. 26 Ibid., p. 28.

O MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO-PENAL TUTELADO:

Hodiernamente, a questão referente ao meio ambiente vem paulatinamente ganhando força com o reconhecimento por parte da sociedade da relevância da preservação ambiental.

A Constituição do Brasil encampando os nortes advindos de tratados e convenções internacionais sobre meio ambiente, notadamente, a Convenção de Estocolmo na Suécia e a Convenção do Rio de Janeiro, tracejou o tratamento da matéria no artigo 225 e seguintes. Apesar de amplamente reconhecer a necessidade premente da tutela jurídica ao meio ambiente, tem-se que o enfrentamento da questão passa necessariamente por um devido sopesamento entre realidade social, desenvolvimento econômico e manutenção dos bens ambientais na ótica dos direitos fundamentais, da ordem econômica e da dignidade da pessoa humana.

O bem jurídico meio ambiente deve ser focado sob o prisma da tutela dos interesses difusos, mas sem perder de vista o cunho antropocêntrico, ou seja, o meio ambiente merece salvaguarda constitucional, porém, com a conseqüência com a presença da dignidade da pessoa humana.

Luiz Regis Prado sinaliza que:

...o ambiente é protegido como bem jurídico-penal *autônomo* e de caráter antro-po-ecocêntrico. É classificado como tal – dotado de autonomia sistemática enquanto objeto jurídico de proteção penal, mas se relaciona de modo *indireto* a interesses individuais. Daí deflui o que se segue: o ambiente – como bem jurídico – não é uma realidade em si, de valor absoluto, mas sim uma realidade *vinculada*. Adstrita ou referida indiretamente ao ser humano, ainda que substancialmente autônoma. O ambiente, como bem jurídico difuso, relaciona-se com o homem, direta ou indiretamente, o que não quer dizer que sua proteção fica na *dependência* dos bens individuais. Por sua própria natureza – metaindividual difusa – é dotado de substancialidade própria.

Trata-se de definir o ambiente a partir do homem, como ambiente necessário para sua sobrevivência e desenvolvimento enquanto pessoa: “o ambiente resulta protegido na medida em que não só é útil, senão indispensável para o próprio homem”⁴.

Tem-se a tendência maximizadora da proteção ambiental, pois é interesse difuso pertencente a toda a sociedade, realidade a qual não se descarta, o que não é na sua inteireza compatível com a essência do sistema penal e administrativo porque ambos são limitados pelo pendão da legalidade estrita e atuação sob o império da lei.

A preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras deve ser observada, mas, noutro giro, há de se conservar que a sociedade também deve participar desse fenômeno com a escoreita integração entre homem e o ambiente, dessa forma, não há uma

⁴ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do Meio Ambiente. 4ª Ed. São Paulo: RT. 2005. p.130.

superposição do meio ambiente em detrimento do homem e, noutro giro, mas, congruentemente, tem-se que não se pode ter a consolidação do homem em contraposição ao meio ambiente.

Não se quer defender um 'fundamentalismo ecocêntrico', mas apenas dizer que não há a superposição da visão antropocêntrica de colocar o homem em um pedestal especial em detrimento de todo o meio ambiente para fins de legitimar praticas culturais odiosas ao meio ambiente, v.g. a farra do boi; mas, de outra banda, não se quer maximizar de modo excessivo a tutela do ambiente de forma a paralisar toda a vida em sociedade.

O prisma da relação jurídico-social é o equilíbrio entre biocentrismo e antropocentrismo, sob pena de malferimento do ângulo de enfrentamento da questão ambiental, o que conduziria inexoravelmente, de um lado, a paralisação da vida em sociedade e, noutro lado, a violação da idéia fulcral de que o direito é feito para o ser humano, abstrato e generalizado em vida coletiva e não o homem, indivíduo singularizado, em função do direito.

O JUÍZO DE ADEQUAÇÃO TÍPICA NA ESFERA DAS INFRAÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS:

O juízo de adequação típica, ou seja, o enquadramento dos fatos na senda jurídica em coerência com as previsões do ordenamento jurídico e do arquétipo fático.

O ilícito há tempos perdeu sua face unilateralmente formal, pois adquiriu a premência de uma fase de consagração de efetiva lesão ao bem jurídico, a saber, a tipicidade material, a qual recai com igual força nos ilícitos penais e administrativos.

O órgão administrativo não pode autuar pessoas quando se deparar com hipótese em que até ela tem dúvidas sobre a necessidade ou não de se preservar determinada situação como ilícita, tanto que o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) através da Resolução 394/07, em seu artigo 4º, estabeleceu alguns critérios para que determinada espécie seja considerada ou não como passível de ser criada em ambiente doméstico.

Apura-se que os referidos critérios foram adotados notadamente com estribo em questões de biossegurança como se infere do preâmbulo do sobredito ato normativo e são excludentes, ou seja, não podem estar presentes no caso vertente, sob pena de violação da resolução com a conseqüente manutenção da vedação dos animais serem considerados para todos fins silvestres.

Não há lesão ao ecossistema da sua localidade, não há dispersão de ecossistemas, inexistem danos à saúde humana, animal ou a sua população natural; os animais são extremamente bem cuidados e, não raras vezes passam a ser equiparados a membros da família tamanho o grau de apego e afeto, portanto, não há risco de abandono ou fuga, os animais se adaptaram ao local em que estão e são facilmente identificáveis.

Infere-se que os animais não encontram-se em qualquer dos aspectos excludentes cujas minúcias seguem acima, mas, de modo primordial, tem-se que a conduta de criar um animal silvestre domesticando-o a vários anos não induz a presença de qualquer ilícito administrativo.

Materialmente falando a conduta daqueles que possuem um animal silvestre em casa não pode ser considerada ilícita até mesmo, porque estão em compasso com a previsão normativa que é utilizada como norteadora do rol de animais que passa a integrar a infração administrativa.

Em adendo a isso, a instituição elaborou uma consulta pública para a formulação da lista de animais em atendimento a antedita resolução do CONAMA e os atos de infrações vem sendo reiteradas vezes praticados em desatendimento a essa listagem emanada do IBAMA, assim, como poderia essa conduta poderia ser considerada ilícita se a própria autoridade competente no exercício de atribuições legalmente conferidas pela Lei 6381/81.

O enfrentamento da questão na área penal apresenta alguns desdobramentos, os quais apresentam pontos de conexão com o Direito Administrativo, razão pela qual exporemos.

Em Direito Penal, a conduta de desejar a imputação de responsabilidade penal por um comportamento que outro setor do Direito autoriza malferir a visão unitária do ordenamento jurídico, o qual apenas é dividido para finalidades didáticas e científicas, mas, nunca perdendo sua unicidade como matriz de regramento ético-social.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli ao discorrerem sobre o tema apontam:

A tipicidade conglobante consiste na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adequa ao "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel" (art. 155 do CP), mas que não é alcançada pela proibição do "não furtarás". E dizem, ainda, que além dos casos de justificação (tipos permissivos) a atipicidade conglobante surge em função de "mandatos ou fomentos normativos ou de indiferença (por insignificância) da lei penal"⁵.

Luiz Flávio Gomes na mesma linha de pensamento aduz:

...não há risco proibido (risco desaprovado) em todas as situações inseridas por Zaffaroni na sua teoria da tipicidade conglobante: para esse autor, não há tipicidade quando a conduta é "fomentada" ou "autorizada" ou "determinada" (criação de um dever jurídico de agir) pelo ordenamento jurídico. Se existe uma norma que fomenta ou determina ou autoriza uma

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal, vol.I.* 5ª Ed. São Paulo: RT. p.461.

conduta, o que está fomentado ou determinado ou autorizado por uma norma não pode estar proibido por outra⁶.

A Resolução 394/07, CONAMA jungido à consulta pública do IBAMA refuta qualquer sorte de ilicitude na conduta daqueles que guardam animais silvestres, mas sem colidir com os ditames administrativamente traçados nos atos retromencionados.

A regra comezinha de que não é dado a ninguém vindicar contra fato próprio se aplica no caso em testilha porquanto a administração de um lado autoriza as pessoas a terem animais silvestres, desde que não entrem em contradição no modo de cuidar das espécies veiculado a Resolução 394/07 CONAMA e a listagem do IBAMA, o que, aliás, legitimaria a insurgência pela via da Ação Civil Pública para inquirir de nulidade todos esses atos e também refuta a presença da excludente de tipicidade através da tipicidade conglobante nos lindes do exposto, vez que ter os animais nessa situação autorizaria o exercício regular de um direito (artigo 23, IV, Código Penal).

O Direito Penal com orientação finalista deve atender a elementos fundantes do microsistema penal que advém de base constitucional e filosófica, em especial, a ontologia (Hartmann) e a fenomenologia (Russell), a essas circunstâncias se dá o nome de estruturas lógico-objetivas, as quais foram inicialmente delineadas por Hans Welzel que parte do pressuposto de que o Direito deve seguir a essência dos seres, ou seja, a natureza das coisas.

José Cerezo Mir aponta:

...Las estructuras lógico-objetivas se destacan, pues, solo de la multitud de dados ónticos, como esenciales, desde un punto de vista determinado. Este punto de vista en las estructuras lógico-objetivas examinadas es siempre el mismo: la concepción del hombre como un ser responsable, como persona. Si el Derecho, en la descripción de las conductas jurídicamente relevantes, parte de la concepción del hombre como un ser responsable, habrá de considerar necesariamente las estructuras lógico-objetivas que bajo este punto de vista destacan como esenciales⁷.

A TEORIA DO ERRO E A ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA DE INFRAÇÕES PENAIS:

As infrações administrativas e penais detêm uma ínsita e estreita relação com o poder de regulamentação infralegal do Estado e, dessa forma, tais ilícitos revestem-se sob a forma de leis penais em branco e ora sob o modo de elementos normativos dos tipos.

⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Juízo de desaprovação da conduta. Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1084, 20 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8543>>. Acesso em: 23 maio 2008.

⁷ MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho Penal Español*. Lima: ARA Editores. 2006. p.110.

Andreas Eisele explica que nas normas penais em branco:

...determinados enunciados legais (tipos) são incompletos (ou seja, insuficientes na descrição da conduta), carecendo de complementação devido ao fato de conterem elementos cujo conteúdo semântico é estabelecido por outros dispositivos de natureza legislativa. Desse modo, para elaboração completa da descrição da conduta típica, é necessária uma síntese coordenada de ambos os dispositivos legais⁸.

No sentido explicado alhures, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli apontam: “O Poder que complementa a lei em branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza das coisas porque, do contrário, através de tal recurso pode ser mascarada uma delegação de competências legislativas penais”⁹.

O delito ambiental do artigo 29, § 1º, III, Lei 9.605/98 está sendo sucessivamente capitulado em diversas comarcas motivado por diversas atuações da polícia militar em convênio com o IBAMA, deflagrado com as infrações administrativas lavradas por autuações em compasso com o cenário normativo alhures exposto.

O tipo penal apresenta como elementar a locução “não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente”, sendo certo que referido trecho admite uma bifurcação interpretativa.

Primordialmente a presença desse elemento jungido à realidade socioeconômica das pessoas que tiveram seus animais silvestres apreendidos (baixo nível de instrução, elevada idade, guardam seus animais por um longo período de tempo, sendo alguns deles herança de família) autoriza a presença do erro inescusável sobre elemento normativo do tipo, o que afasta a tipificação da conduta na senda administrativa e penal forte no artigo 20, *caput*, Código Penal.

O homem é visto como um ser responsável e esse grau de consciência do injusto que reflete no dolo é oscilante, uma vez que nem todos tiveram a mesma oportunidade na vida, cada qual teve sua experiência forjada em fatos e trajetos diferentes, o que afeta de sobremaneira a apuração de uma infração ser ou não materialmente ilícita e ultrajante ao bem jurídico.

Aqui, em um breve parênteses, deve ser dito as palavras de Luiz Flávio Gomes:

De acordo com a moderna visão da culpabilidade (conceito complexo), dolo e culpa, além de comporem o tipo, são importantes também para a censura da culpabilidade, é dizer, do dolo e da culpa emanam uma distinta *atitude*

⁸ EISELE, Andreas. *Crimes contra a Ordem Tributária*. 2ª Ed. Dialética: São Paulo. 2002. p.32. Em igual sentido: PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3ª Ed. RT: São Paulo. 2006. p. 45

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral*. 2ª Ed. RT: São Paulo. 1999. p. 450

interior do agente diante do bem jurídico (um específico *Gesinnung*), que deve ser valorada (por força do art. 59 do CP) nesse âmbito do juízo de reprovação. Do dolo configurador do fato típico (consciência e vontade de realizar os requisitos objetivos do tipo) sobressai uma especial *atitude interior* de menosprezo ou indiferença à violação ao bem jurídico, da culpa decorre uma atitude de descuido, de leviandade¹⁰.

De remate às lições acima dispostas traz-se a colação o pensamento, respectivamente, de Johann Wessels e Hans Heinrich Jescheck:

a.) no *tipo de injusto* ele é, como forma de conduta, o *portador do sentido jurídico-social da ação*, que compreende as relações psíquicas do autor para com o acontecimento fático exterior (= dolo do tipo em sentido estrito, como realização consciente e volitiva das circunstâncias objetivas); b.) no setor da *culpabilidade*, o dolo é, como forma de culpa, o *portador do desvalor do ânimo*, que expressa o *deficiente ânimo jurídico* especificamente ligado à realização dolosa do tipo (= posição dolosa e defeituosa para com a ordem jurídica)¹¹.

O dolo não deve, sem embargo, incluir-se só no tipo de injusto, ele ostenta *dupla posição* (...). No injusto, o dolo é portador do sentido de contraposição com respeito à norma jurídica, na culpabilidade, portador do desvalor da atitude interna que o fato expressa. Essa dupla posição do dolo se correspondem com a dupla situação, na esfera da antijuridicidade e da culpabilidade, que caracteriza a imprudência¹².

A todas as luzes o dolo resta isentado na conduta daqueles autuados administrativamente pelo IBAMA e também não há que se cogitar em menosprezo pelos valores dos bens jurídicos ambientais em comento.

Não era crível que se exigisse de pessoas com diminuta compreensão da realidade e da complexidade do arcabouço normativo ambiental que se conhecesse a presença do proibitivo penal ou a necessidade de se obter perante qualquer ato administrativo para algo que comumente viam em toda sua vida, a saber, a criação de animais silvestres como se fossem domésticos.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais oportunamente decidiram que:

PENAL. APELAÇÃO. CRIME AMBIENTAL. ALTERAÇÃO DO ASPECTO DE LOCAL ESPECIALMENTE PROTEGIDO POR LEI. AUTORIZAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA. DOLO.

1. Constitui **crime**, nos termos do artigo 166 do Código Penal, alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. 5ª Ed. São Paulo: RT. 2001. p.170.

¹¹ WESSELS, Johann. *Direito Penal – Parte Geral*. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE. 1976. p.37 e 86.

¹² JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, vol. II*. Tradução: Santiago Mir Puig. Barcelona: Bosch. 1981.p.326.

protegido por lei. O fato, contudo, só é punível se o agente tiver consciência de tal proibição.

2. Demonstrado que os Apelados não tinham conhecimento de que ao construírem casa no terreno por eles adquirido estariam cometendo o **crime** previsto naquele dispositivo penal, resulta configurada a atipicidade da conduta, por **erro** de tipo, o que exclui o dolo.
3. Recurso improvido¹³.

OBSTAR OU DIFICULTAR AÇÃO FISCALIZADORA DO PODER PÚBLICO NO TRATO DE QUESTÕES AMBIENTAIS - SEM-TERRA QUE TERIAM, EM TESE, PRATICADO DESMATAMENTO PARA PLANTAR AGRICULTURA DE SOBREVIVÊNCIA - ABSOLUÇÃO - ERRO QUANTO À ILICITUDE DO FATO - TRABALHORES RUDES E SEM INSTRUÇÃO FORMAL, SUPONDO QUE A POLÍCIA IRIA INVADIR O TERRENO OCUPADO E SUB JUDICE PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA - RECURSO PROVIDO

- Não comete o **CRIME** previsto no art. 69 da Lei n. 9.605, de 12.2.1998, aquele que não tem consciência da ilicitude - A reforma agrária não pode ser efetivada com Direito Penal, por inapropriedade de instrumento - Absoluções decretadas - Recurso provido.

Afastemos, por não estarmos no terreno próprio, qualquer veleidade acadêmica, e partamos para a análise prática, de molde a resolver o problema, se houve influência no dolo (**ERRO** de tipo), ou na culpabilidade (**ERRO** de proibição), deixemos para os mais doutos e afetos a discussões correlatas. Nós, do Judiciário, devemos apresentar as respostas possíveis para as questões de nosso tempo, pena de virmos a ser julgados por ele de forma implacável.

Apenas como farol, a boa luz de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, em seu fundamental Princípios Básicos de Direito Penal - São Paulo: Saraiva, 1994, p. 267:

O segundo e não menos importante caminho percorrido pela dogmática penal, na busca de solução para a problemática de que estamos tratando, consistiu na mudança do foco de incidência do **ERRO**, do fato ou da lei, para os próprios elementos estruturais do conceito de **CRIME**. Abandona-se qualquer pretensão de valorar, nesta área, a velha e superada oposição entre o fático e o jurídico. No lugar dessa falsa oposição, coloca-se a distinção, já bem elaborada doutrinariamente, entre tipo e antijuridicidade (ou ilicitude). Feito isso, percebe-se, sem qualquer dificuldade, que o **ERRO** jurídico penal relevante ora recai sobre (tem por objeto) elementos ou circunstâncias integrantes do tipo legal de **CRIME** (fáticos ou jurídico-normativos, pouco importa), ora recai sobre a antijuridicidade (ou ilicitude) da ação. Na primeira hipótese tem-se um **ERRO** sobre elementos ou circunstâncias do tipo ou, abreviadamente, '**ERRO** de tipo' (Tatbestandsirrtum). Na segunda hipótese, tem-se um '**ERRO** sobre a ilicitude do fato real' ou, abreviadamente, '**ERRO** de proibição' (Verbotsirrtum). Conexiona-se, dessa forma, a distinção entre tipo e ilicitude com a correspondente distinção entre **ERRO** de tipo e **ERRO** de proibição. Como ambas essas formas de **ERRO** são igualmente relevantes para o direito penal, a antiga antinomia que se criara entre elas cede lugar a uma distinção puramente conceitual, da qual não se podem extrair efeitos jurídicos opostos - a escusabilidade de uma e a inescusabilidade de outra.

¹³ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. ACR 1997.33.01.002164-8/BA, Rel. Juiz Mário César Ribeiro, Quarta Turma, DJ de 07/06/2001, p.182.

O certo será dizer-se que ambas podem, ou não, ser escusáveis, dentro de certos critérios.

Não se trata - frise-se, para evitar equívocos - de uma substituição meramente terminológica, como se o **ERRO** de fato passasse a denominar-se **ERRO** de tipo e o de direito, **ERRO** de proibição. É muito mais que isso, pois o **ERRO** de tipo abrange situações que, antes, eram classificadas ora como **ERRO** de fato, ora como de direito. O **ERRO** de proibição, por sua vez, além de incluir situações novas, abarca uma série de hipóteses antes classificadas como **ERRO** de direito.

Ora, o atuar dos agentes foi movido sem consciência da ilicitude, indispensável para podermos alicerçar uma condenação. Agricultores, pessoas na lida com a luta pela terra e a difícil manutenção de sua posse, muita vez vivendo em toscos barracos de lona negra, que mal os pode cobrir das intempéries, ou mesmo do inexorável passar do dia para a noite; pessoas simples, rudes, não poderiam ter consciência da ilicitude de seus atos, como capazes de infringir a norma insculpida no art. 69, da Lei n. 9.605/98, que pune as condutas lesivas ao meio ambiente.

Não fosse, a meu juízo, o bastante, veja-se o trato pretoriano:

O princípio de que em matéria penal não se pode invocar a ignorância da lei não abrange os casos em que algum elemento integrativo da norma, como de regra ocorre com as chamadas normas penais em branco, exija informação técnica mais profunda do agente (TACRIM - SP, - AC - Rel. Marcus Vinicius - JUTACRIM 72/361).

São por estas singelas razões de decidir que estou DANDO PROVIMENTO AO RECURSO, para absolver os réus Álvaro Alves Alcântara Júnior, Celito Carlos da Costa, Gilmar de Oliveira Barros e Adriano Paiva Coutinho, forte no art. 386, inciso V, do digesto processual penal e art. 21, parágrafo único, do CP¹⁴.

Em grau de reforço tem-se fundamentalmente que se o IBAMA abriu uma Consulta Pública editando uma lista de espécimes em atendimento ao comando do CONAMA, o que acarretou a criação de uma imagem que obstaculizaria até mesmo os mais atualizados a terem a exata delimitação da esfera do lícito e do ilícito, o que autoriza plenamente o

¹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0093.02.000588-5/001 - COMARCA DE BURITIS - APELANTE(S): ÁLVARO ALVES ALCÂNTARA JÚNIOR, CELITO CARLOS DA COSTA, GILMAR DE OLIVEIRA BARROS, ADRIANO PAIVA COUTINHO - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ERONY DA SILVA.

astamento da tipicidade da conduta sob o prisma da tipicidade conglobante e o reconhecimento do erro de proibição previsto no artigo 21, Código Penal.

Os Tribunais Regionais Federais da 3ª e 4ª Regiões inclinam pelo nosso viés argumentativo:

PENAL - CRIME AMBIENTAL - PESCA EM LOCAL PROIBIDO - ART. 34 DA LEI Nº 9.605/98 - AUSÊNCIA DE DOLO - ERRO DE TIPO AUSÊNCIA DE PROVA DO DOLO - RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.

1.- Materialidade delitiva efetivamente comprovada por meio do Auto de Exibição e Apreensão, em cujo bojo estão descritos os objetos apreendidos, consistentes em seis linhadas de mão, com linha chumbada e anzol; um puçá de cor verde; um caniço de bambu de 2,5 metros de comprimento; uma faca de cozinha. Ainda, conforme atestado no Laudo Pericial de fls. 25/27, todos os materiais apreendidos supramencionados foram considerados perfeitamente aptos para a pesca.

2.- Comprovada a presença do réu no local dos fatos, porém, não demonstrado pelo Laudo Pericial que estivesse ele pescando a menos de 200 metros da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha, assim como a existência de dolo em sua conduta, não tendo a acusação obtido êxito em comprovar a consciência daquele acerca da proibição de pesca no local descrito na denúncia.

3.- Aplicação do princípio in dubio pro reo.

4. Recurso ministerial improvido. Absolvição mantida¹⁵.

DIREITO PENAL. CONCURSO FORMAL. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91. USURPAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. EXPLORAÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA PERTENCENTE À UNIÃO. CRIME AMBIENTAL. ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98. EXTRAÇÃO DE SUBSTÂNCIAS MINERAIS, SEM A COMPETENTE AUTORIZAÇÃO, PERMISSÃO, CONCESSÃO OU LICENÇA. ERRO DE PROIBIÇÃO. ABSOLVIÇÃO.

1. A conduta de explorar recursos minerais sem a respectiva autorização ou licença dos órgãos competentes pode configurar crime contra a natureza, pela degradação ao meio ambiente (art. 55 da Lei nº 9.605/98), e também crime contra o patrimônio da União, em face da usurpação do bem público (art. 2º da Lei nº 8.176/91). Hipótese de concurso formal.

2. O art. 21 do CP trata do erro de proibição, ou seja, do erro incidente sobre a ilicitude de um dado comportamento. Assim, o agente supõe, erroneamente, que a conduta por ele praticada é lícita quando, em verdade, tal agir é proibido, pois o sujeito faz um juízo equivocado daquilo que lhe é permitido fazer em sociedade. Portanto, em sendo o erro de proibição inevitável (escusável) excluída estará a culpabilidade, não sendo o agente punido em nenhuma hipótese; já em sendo o erro de proibição evitável (inescusável), a punição a título de dolo é medida que se impõe, porém com redução da pena.

3. No caso concreto, a demonstração da hipossuficiência social, educacional e econômica do agente em cotejo com restante conjunto probatório levam à conclusão de que o acusado desconhecia a proibição de tal conduta.

¹⁵ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 22249 Processo: 200061060098420 UF: SP Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 11/12/2007 Documento: TRF300138557DJU DATA: 15/01/2008 PÁGINA: 387JUIZ LUIZ STEFANINI.

4. Absolvição da prática de ambos os delitos com base no art. 386, inc. V, do CPP¹⁶.

Para melhor ilustrar a questão trazemos à colação aresto do findo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

LEI 9.605/98 - MEIO-AMBIENTE - ARTIGOS 38 E 48 - DESTRUIÇÃO OU DANIFICAÇÃO DE FLORESTA DE PRESERVAÇÃO DE ÁREA PERMANENTE - AUTORIA - AUSÊNCIA DE PROVA - IMPEDIMENTO À REGENERAÇÃO NATURAL DE FLORESTAS E DEMAIS FORMAS DE VEGETAÇÃO - ERRO DE TIPO - CONFIGURAÇÃO - ABSOLVIÇÃO DECRETADA.

Comprovado que a área alugada pelo apelante já se destinava ao cultivo de milho desde 1940, não se pode atribuir ao mesmo a prática do **CRIME** de destruição ou danificação de floresta de preservação de área permanente (art. 38, Lei 9.605/98), uma vez que quando ali chegou a destruição já estava efetivada há décadas.

Se o recorrente sequer tinha conhecimento que a área por ele alugada era considerada de preservação permanente, acreditando piamente tratar-se de área destinada ao plantio, configurado está o **ERRO** de tipo, pois o agente nem ao menos sabia que estava, através de sua atividade agrícola, impedindo ou dificultando a regeneração de florestas e demais formas de vegetação, elementares do tipo penal insculpido no art. 48, da Lei 9.605/98, cuja inexistência de forma culposa impõe a decretação da absolvição.

Acerca do **CRIME** previsto no art. 48 da mesma lei, tenho que ocorreu, na espécie, a figura jurídico-penal denominada "**ERRO** de tipo", tratando-se o presente caso de exemplo clássico do instituto, em que o agente desconhece uma das elementares do **CRIME** descrito na norma, consoante art. 20, "caput" do Código Penal:

"Art. 20. O **ERRO** sobre elemento constitutivo do tipo legal de **CRIME** exclui o dolo, mas permite a punição por **CRIME** culposos, se previsto em lei."

Está patente nos autos que o apelante jamais soube que a área por ele alugada era de preservação permanente e sequer que abrigava floresta.

Assim, no que tange ao cometimento do delito tipificado no art. 48, da mesma lei, verifico que o recorrente não tinha a menor consciência de que estava impedindo ou dificultando a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação, isso porque sempre soube, assim como todas as testemunhas ouvidas no processo, que a área por ele alugada era utilizada para plantio.

Na mente do apelante, estava o mesmo alugando uma faixa de terra, que sempre fora utilizada para o cultivo, e na qual pretendia plantar, como efetivamente plantou, hortaliças - já que tem como profissão a de lavrador.

¹⁶ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO
Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL Processo: 200371040178541 UF: RS Órgão Julgador:
SÉTIMA TURMA
Data da decisão: 12/06/2007 Documento: TRF400150054 D.E. DATA: 20/06/2007 TADAAQUI
HIROSE.

A materialidade de ambas as infrações encontra-se estampada no auto de infração de f. 9-10, bem como no laudo de vistoria do local, constante às f. 12-21 (com anexo fotográfico).

Entretanto, como dito, a autoria relativa ao primeiro **CRIME** imputado ao apelante não pode subsistir porque o mesmo sequer sabia que existia floresta naquela área, posto que destruída ou danificada há mais de sessenta anos, tendo sido sempre utilizada para plantio. A destruição se deu há mais de sessenta anos... Com certeza, não pode ser atribuída ao recorrente.

Por conseguinte, exatamente por não saber que estava em área de preservação permanente, a qual, há décadas, comportava floresta nativa e outros tipos de vegetação, desconhecia completamente que, através de sua atividade agrícola, estava impedindo ou dificultando a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação. Eis aí o **ERRO** de tipo.

A prova testemunhal é praticamente unânime em afirmar que a área utilizada pelo recorrente para cultivo de hortaliças era destinada ao plantio desde 1940, sendo certo que o recorrente alugou a região em abril de 2001¹⁷.

A modificação do cenário fático que embasa a conduta da administração ambiental cria um panorama suscetível a que a sociedade encarasse a guarda dos referidos animais da consulta pública de um modo diferente, como se houvesse um permissivo que autorizasse as pessoas a interpretar a realidade de um modo diferente, o que faz ressair, sob outras luzes, a presença do erro sobre a proibição encampada no tipo de injusto do artigo 29, § 1º, III, Lei 9.605/98.

Luis Greco salienta que:

*os atos autorizativos eivados de vícios de legalidade (rechtswidrig), a que a nossa doutrina do direito chama por vezes de atos nulos e anuláveis, são considerados penalmente eficazes no sentido de excluir o injusto do comportamento. Os argumentos são quatro, às vezes expostos sozinhos, às vezes combinados. Primeiramente, diz-se que os atos administrativos, mesmo quando nulos ou anuláveis, são já plenamente eficazes e auto-executáveis, dependendo da sua desconstituição de ato posterior da administração ou do judiciário. Além disso, **se o direito penal quisesse proibir algo que o direito administrativo expressamente permite, ficaria violado o princípio da unidade do ordenamento jurídico, porque teríamos um ramo do direito a permitir e outro a proibir uma mesma conduta. O terceiro argumento alude à segurança jurídica e à tutela da confiança do particular; este tem o direito de confiar em que a administração atua conforma a lei e não pode ser penalizado por erros do administrador.** Por fim, declaram em geral os administrativistas que haveria uma competência exclusiva da administração para determinar até*

¹⁷ TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Autos de Apelação Criminal Nº 450.660-9 da Comarca de VARGINHA, sendo Apelante (s): ROBERTO DAMASCENO e Apelado (a) (os) (as): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

que ponto se tutelará o meio ambiente, não estando facultado ao juiz questioná-la”¹⁸.

Os argumentos alinhavados acima são certos no que cuida de sua avaliação no caso vertente, pois a conduta de criar uma Resolução que objetiva a proteção ambiental com base macroambiental e uma consulta expedida pelo IBAMA apontam que o administrado naquele particular momento tinha direito de confiar nos atos normativos dos referidos órgãos estatais.

A CRISE DE LEGALIDADE NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA, A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA, A MULTA AMBIENTAL COMINADA E A BOA-FÉ DOS ADMINISTRADOS:

A administração ambiental igualmente está sob o pálio da legalidade e, muito embora, o poder de polícia seja uma atividade marcada pelos traços de discricionariedade tem-se que ela está limitada pela legalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello diz que: "na administração os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela”¹⁹

A lúcida lição de Celso Antônio Bandeira de Mello diz:

em rigor, no Estado de Direito, inexiste um poder, propriamente dito, que seja discricionário, fruível pela Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. poder discricionário, abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa, é coisa que não existe”²⁰.

Nesse passo leciona Édis Milaré: “A aplicação de sanções administrativas pauta-se, assim, pelo princípio da legalidade, posto que tanto a *conduta infracional* como a correspondente sanção reclamam expressa previsão legal, certo que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’”²¹.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais aponta:

¹⁸ GRECO, Luis. *A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 58. RT: São Paulo. 2006. p.174.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p.23.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*... p.360.

²¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 2ª Ed. São Paulo: RT. 2000. p.326.

AÇÃO ANULATÓRIA - AUTO DE INFRAÇÃO - INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS - COMPETÊNCIA CONCORRENTE - MULTA - LEGALIDADE DA APLICAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO

A assertiva de que a discricionariedade seria um dos atributos do **PODER** de **POLÍCIA** precisa ser bem compreendida, pois há atos que comportam, nos termos da lei, certa margem de discricionariedade, o que não significa que o exercício em si do **PODER** de **POLÍCIA** seria discricionário²².

O artigo 70, Lei 9.605/98 traz a correlata infração administrativa, a qual, inicialmente é por demais elástica e pode dar ensejo ao abuso no exercício do poder de polícia e não há que falar que a conduta de guardar animais silvestres em casa como se domésticos fossem violasse qualquer “regra jurídica de uso ou proteção” ambiental pela sucessiva alteração na legislação de regência, como fartamente esboçado alhures aos auspícios do Direito Penal.

Aplicar a pena de apreensão de animais cumulada com multa administrativa (artigo 72, III e IV, Lei dos Delitos contra o Meio Ambiente) sem que haja a devida gradação e fundamentação à luz do que preleciona o artigo 6º, Lei 9.605/98 configura exercício do poder de polícia ambiental em descompasso com qualquer preocupação com as condições que foram encontrados, geralmente em bom estado de saúde, além das dificuldades em readaptação no meio natural em função dos vários anos cativos.

Igualmente, as regras traçadas para finalidade de arbitramento da multa administrativa, sob o pálio do Decreto-Lei 3.179/99 não são obedecidos, notadamente, porque o artigo 6º da referida legislação apresenta os critérios administrativamente válidos para o cálculo da multa administrativa, assim, infere-se que não fica ao livre talante dos agentes da administração a fixação do valor conforme seu talante, os quais na maioria dos casos, foram arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

A administração ambiental está arvorada na legalidade que guinda sua atuação, vez que toda atuação estatal está sob o rígido e estrito firmamento da legalidade e não é crível ter a imposição de pena com um conceito extremamente largo de infração administrativa e carente de critérios que validem sua imposição.

Noutra senda, o enfoque da questão passa por uma avaliação da presença da justa causa para a autuação administrativa, pois diante da consulta pública com listagem de espécies para serem autorizadas a ser domesticado jungido com as peculiaridades do local em que ocorreu a apreensão aliada a aspectos particulares e personalíssimos dessas pessoas, não há qualquer hipótese de se exigir que praticassem qualquer conduta conforme o direito, aliás, qual seria a normativa ambiental efetivamente vigente naquela data?

²² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0672.04.149322-8/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): JOÃO SOARES SANTANA E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): IEF INST ESTADUAL FLORESTAS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALVIM SOARES.

José dos Santos Carvalho Filho explica notas que clareiam o princípio da segurança jurídica, o qual incide na sua inteireza no caso em testilha:

Doutrina moderna, calcada inicialmente no direito alemão e depois adotada no direito comunitário europeu, advoga o entendimento de que a tutela da confiança legítima abrange, inclusive, o **poder normativo da Administração**, e não apenas os atos de natureza concreta por ela produzidos. Cuida-se de proteger expectativas dos indivíduos oriundas da crença de que disciplinas jurídico-administrativas são dotadas de certo grau de estabilidade. Semelhante tutela demanda dois requisitos: 1º) a ruptura inesperada da disciplina vigente; 2º) a imprevisibilidade das modificações. Em tais hipóteses, cabe à Administração adotar algumas soluções para mitigar os efeitos das mudanças: uma delas é a exclusão do administrado do novo regime jurídico; outra, o anúncio de medidas transitórias ou de um período de **vacatio**; outra, ainda, o direito do administrado a uma indenização compensatória pela quebra da confiança decorrente de alterações em atos normativos que acreditava sólidos e permanentes. É claro que a matéria está em fase de estudos e desenvolvimento, mas inegavelmente, constitui uma forma de proteger a confiança e as expectativas legítimas na estabilidade normativa, desejável em qualquer sistema jurídico²³

No direito administrativo, muito embora a doutrina varie, temos para Odete Medauar que:

Em matéria de anulação também aflora o problema do *prazo* de que dispõe o poder público para anular seus atos. No direito pátrio, em princípio, o ato administrativo ilegal pode ser anulado a qualquer época. Embora alguns considerem iníqua tal regra, pela pendência da situação, relembre-se que decorre do princípio da legalidade, consagrado pela Constituição Federal. Limitação temporal ao poder de anular deve estar prevista de modo explícito e não presumido ou deduzido de prazos prescricionais fixados para outros âmbitos. Entendimento diverso traz subjacente incentivo à prática de ilegalidade, ante a possibilidade de ser consolidada pela prescrição. Desse modo, o princípio encontra exceção nas hipóteses em que a norma, em determinado assunto, fixa prazo para anular. É possível, ainda, que o largo fluir do tempo sacramente efeitos, gerando situações consolidadas; em tais casos, vários preceitos jurídicos podem respaldar a manutenção do ato, a ser decidida caso a caso, ante as circunstâncias que envolvem cada um: segurança e certeza das relações jurídicas, boa-fé de terceiros, ausência de dolo do interessado...²⁴.

Assim, os administrados estavam de boa-fé não podendo ser sancionados por essa súbita e inesperada alteração no cenário fático; pelo excesso no emprego do poder de polícia imoderado e também pela impossibilidade de conseguir vislumbrar qual seria a conduta segundo o direito naquele exato momento.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007. p.31.

²⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª Ed. RT: São Paulo. 2004. p.186.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais teve oportunidade de manifestar-se sobre o embate entre boa-fé do administrado e o poder de polícia ambiental:

APELAÇÃO CÍVEL - LEI DE CRIMES AMBIENTAIS - MÉDICO VETERINÁRIO QUE RESGATOU ANIMAL SILVESTRE MALTRATADO NA INTENÇÃO DE SALVÁ-LO - ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS TRAZIDAS AOS AUTOS - SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DANO EFETIVO - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. - A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO PODE FECHAR OS OLHOS À REALIDADE DEMONSTRADA NOS AUTOS, CUMPRINDO ATRIBUIR O VALOR QUE SE DEVE À ADEQUADA AVALIAÇÃO, SOB PENA DE SE PROMOVER O DESEQUILÍBRIO ENTRE A APARENTE BOA FÉ DO AGENTE EM SALVAR ANIMAL ABANDONADO, E A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. - A ANÁLISE ACERCA DA EXISTÊNCIA DE DANO OU CRIME AMBIENTAL NÃO PODE SE AFASTAR DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA COERÊNCIA. - EM SEDE DE PROTEÇÃO COLETIVA E DE INTERESSES DIFUSOS NÃO SE ACEITA A RESPONSABILIZAÇÃO SEM A OCORRÊNCIA DE DANO EFETIVO, SABIDO QUE O CHAMADO DANO HIPOTÉTICO NÃO ENSEJA INDENIZAÇÃO, AINDA QUE A LEI DE REGÊNCIA DISPONHA QUE A RESPONSABILIDADE SE ESCORA NA TEORIA DO RISCO E NÃO NA TEORIA AQUILIANA.

Primeiramente, considero que a ação civil pública configura meio processual hábil à busca a tutela jurisdicional de interesses essenciais à comunidade como um todo, dentre eles, a preservação ao meio ambiente equilibrado, direito constitucionalmente garantido (artigo 225 da CF/88). Visando à referida preservação a pretensão inicial pode assumir contornos diferentes, de acordo com a medida necessária, podendo ser de redução, substituição, ou mesmo em casos em que já foi demonstrado o efetivo dano ambiental, medidas de recuperação e reparação.

Vale dizer, porém, que a busca pela efetividade do mandamento constitucional não pode fechar os olhos à realidade demonstrada nos autos, cumprindo atribuir o valor que se deve à adequada avaliação científica, sob pena de se promover o desequilíbrio entre a aparente BOA FÉ do agente em salvar animal maltratado, e a preservação do meio ambiente, com base em exageros que, conquanto sejam baseados em louvável intenção, acabam por caracterizar uma visão equivocada, fundamentada em presunções e elementos indiciários colhidos no inquérito civil.

Não se pretende aqui negar vigência à Lei de Crimes Ambientais, mas entendo que neste caso específico é de se levar em consideração as circunstâncias que levaram à prática do suposto ato ilícito.

O apelante é médico veterinário, especializado em animais silvestres e exóticos, conforme diversos documentos trazidos aos autos. Consta que foi procurado por uma conhecida, que lhe relatou a existência de um macaco prego criado por família humilde, muito maltratado, sendo inclusive acorrentado, estressado e agressivo.

Entendo, data venia, que o caso versado é por certo uma exceção à regra dos crimes ambientais previstos na Lei 9.605/1998.

A análise acerca da existência de dano ou crime ambiental não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da coerência. A **BOA-FÉ** do apelante em salvar a vida de um animal maltratado, por si, já seria, a meu ver, uma típica excludente da ilicitude do fato. Além disso, devem ser consideradas as circunstâncias em que se viu envolvido.

Um médico veterinário, especializado em animais silvestres e exóticos, como é o caso do macaco prego, tem notícia de um animal maltratado, que vivia acorrentado pela cintura, em ambiente insalubre e desnutrido.

Tentando salvar a vida do animal, e até por dever legal da profissão, recolhe a espécie do local, e tenta encaminhá-lo a diversas autoridades, sem sucesso. Ora, o que se poderia exigir que o apelante fizesse nesta situação? O próprio Estado, por meio de seus agentes negou abrigo ao macaco. Poderia o recorrente simplesmente abandonar o animal à sua própria sorte?

Em casos excepcionais como este, é imperioso destacar brilhante trecho do voto-vista do eminente Ministro Eros Grau, na ocasião do julgamento de Agravo Regimental em Ação de Reclamação n.º 3.034/PB, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

"Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e, como observa Carl Schmitt (Vide Carl Schmitt, Los tres legisladores extraordinarios de la Constitución de Weimar, in Carl Schmitt, teólogo de la política, cit, pág. 313.), as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu "valer". (...).

O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção - apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção (Veja-se Giorgio Agamben, Homo Sacer - O **PODER** soberano e a vida nua, trad. de Henrique Burgo, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2.004, págs. 27 e 26.). A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção (A expressão é de Giorgio Agamben, ob.cit., pág. 25).

Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito - porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação - ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos --- para o que nos bastaria a alfabetização --- mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento." (grifamos)

Assim, entendo que no caso concreto é ausente a conduta ilícita do apelante, o que retira qualquer responsabilidade em indenizar por suposto crime ou dano ambiental²⁵.

Assim inquina-se a conduta da administração como desprovida do arquétipo jurídico que legitimaria sua ação, seja no que cuida a tipificação da conduta quanto a dosimetria das sanções, o que afeta na sua inteireza também os reflexos penais dessas condutas.

FINALIZAÇÃO E CONCLUSÕES:

A Lei 9.605/98 é um atentado ao processo legislativo bem elaborado²⁶, seja na parte penal quanto na área administrativa havendo uma grande conflituosidade constitucional e infraconstitucional, o que marca a questão com inexorável marca de ilegalidade e abusividade na atuação administrativa desde a apuração da infração até o momento da sanção, bem como inquina a validade dos tipos penais ali presentes.

José Luis Díez Ripollés leciona:

O intérprete da lei penal, hodiernamente, observa que há perda de terreno por parte da lei como marco central do ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito e isso se dá em função da *modificação dos objetivos da lei na evolução do Estado* e atual arbitrariedade dos detentores da soberania em conflito com Constituições sociais no Estado de Direito Constitucional e a antecipação dos estados de risco penal na sociedade de risco; *transformação das fontes do direito*, com constituições materiais, legislações comunitárias e alteração no panorama da hierarquia no cenário jurídico; *controle de constitucionalidade* que limita os desígnios legislativos, traça matizes interpretativos à luz da Constituição, tal com o crescimento da teoria da argumentação jurídica, onde o juiz se vincula a princípios e não a lei pura, o que enseja racionalidade jurídica na jurisdição; *papel destacado da atuação dos juristas* que analisam o Direito sob perspectiva neutra e racional²⁷.

Concluimos com as palavras de Ronald Dworkin diz que a justiça "é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão de bem público" ²⁸.

²⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.395265-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): LEANDRO MARIANO FREITAS - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

²⁶ Luiz Regis Prado sobre a atecnidade inspiradora do legislador: "as leis penais ambientais, mormente no Brasil, são, em sua maioria excessivamente prolixas, casuísticas, tecnicamente imperfeitas, quase sempre inspiradas por especialistas do setor afetado, leigos em Direito" (PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*... p.91).

²⁷ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A Racionalidade das Leis Penais*. 3ª Ed. RT: São Paulo: 2006. p.75.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito: O que é direito*. Martins Fontes: São Paulo. 1999. p. 39.